

## Transparenz erforderlich – Was die Bundesregierung nicht schafft, holt der Generalbundesanwalt nach

---

von ROBERT FRAU

Anfang Juli hat der Generalbundesanwalt das Ermittlungsverfahren wegen der Tötung des Deutschen Bünyamin E. mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Vor einem Jahr war unter großer öffentlicher Anteilnahme ein Verfahren gegen Unbekannt eingeleitet worden, das den gewaltsamen Tod des jungen Mannes aufklären sollte. Unklar waren die meisten Fakten und der rechtliche Maßstab, eines hingegen war schon zu Beginn sicher: E. war das erste deutsche Opfer eines Drohnenangriffs in Pakistan. Mit ihm zusammen starben vier weitere Personen.



Der Generalbundesanwalt (GBA) kam als Strafverfolgungsbehörde nicht umhin, zahlreiche Rechtsfragen zu beantworten und Farbe zu bekennen. Schon seine Zuständigkeit musste der GBA ausführlich begründen. Diese ist gegeben, wenn ein Verdacht von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch vorliegt, also vor allem bei Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Kriegsverbrechen setzen das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts voraus. Gerade diese Frage ist aber bzgl. der Situation in Pakistan hoch umstritten und hoch politisiert. Die unüberschaubare und gefährliche Situation vor Ort muss ein Alptraum für einen deutschen Staatsanwalt sein, der geordnete schwäbische Beweiserhebungsverhältnisse und, wenn überhaupt, internationale Fälle mit nicht explosiver Bedeutung gewöhnt ist. Trotz aller tatsächlichen, rechtlichen und politischen Schwierigkeiten gibt der GBA eine mutige – und richtige – Einschätzung der Lage ab. Dabei identifiziert er zwei nicht-international bewaffnete Konflikte.

Zunächst ist er der Auffassung, dass die innerpakistanische Situation zwischen der Regierung und den Aufständischen die Schwelle zum nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, also zum Bürgerkrieg, überschritten hat. Voraussetzungen dafür seien, so der GBA, „neben einer gewissen Intensität und Dauer der gewaltsamen Auseinandersetzung auch ein bestimmter Organisationsgrad der beteiligten Konfliktparteien, der sie dazu befähigt, auf der Basis militärischer Disziplin und faktischer Autorität anhaltende und konzentrierte militärische Operationen zu planen und durchzuführen. Als Indizien hierfür werden beispielsweise die Existenz von Hauptquartieren sowie die Fähigkeit, eigene Kämpfer zu rekrutieren, auszubilden und mit Waffen zu versorgen, angesehen.“ Es ist durchaus umstritten, ob die aufständischen Gruppen diese Kriterien erfüllen (vgl. die Beiträge von Alexander Schwarz und Tassilo Singer). Der GBA beruft sich in seiner Verfügung auf zwei Gutachten des Heidelberger Instituts für Internationale Konfliktforschung sowie der Stiftung Wissenschaft und Politik, die beide leider nicht öffentlich erhältlich sind. Im Ergebnis sieht der GBA diese Voraussetzungen als erfüllt an –

in Pakistan wird diese Feststellung auf wenig Gegenliebe stoßen.

Des weiteren qualifiziert der GBA den Konflikt zwischen der Regierung Afghanistans und afghanischen Aufständischen in Pakistan trotz Grenzüberschreitung als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Diese Einschätzung hat Bedeutung, ist doch die Einstufung eines solchen Konfliktes mit spill-over-Effekten umstritten. Richtigerweise entscheidet sich die Frage, ob ein Konflikt international oder nicht-international ist, an den beteiligten Konfliktparteien und nicht am Gebiet, auf dem die Feindseligkeiten ausgetragen werden. Die richtige Entscheidung des GBAs stellt deutsche Staatspraxis dar, die für die Präzisierung und Weiterentwicklung von Gewohnheitsrecht eine Rolle spielt und zur Klärung dieser Rechtsfrage beiträgt.

Steht damit fest, dass humanitäres Völkerrecht anwendbar ist, stellt sich dann die Frage, ob die Tötung von Bünyamin E. einen Straftatbestand erfüllt. Dabei scheidet ein Kriegsverbrechen aus, wenn die Tötung von E. völkerrechtsmäßig ist. Entscheidend für die Völkerrechtsmäßigkeit der Tötung ist, welchen Status E. hatte. Ein Angehöriger der nichtstaatlichen Konfliktpartei, oder in den Worten des humanitären Völkerrechts, einer organisierten bewaffneten Gruppe, kann immer und überall angegriffen werden. Zivilpersonen sind hingegen vor direkten Angriffen immer und überall geschützt – mit einer Ausnahme. Wenn eine Zivilperson unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnimmt, verliert sie diesen Schutz. Der GBA hält E. aufgrund von Erkenntnissen aus der Telekommunikationsüberwachung von E. für ein Mitglied einer organisierten bewaffneten Gruppe. Es bestünden keine Zweifel daran, dass E. nicht nur am Kampftraining teilgenommen hat, sondern auch für ein Selbstmordattentat vorgesehen war, dessen Termin bereits feststand. In seiner rechtlichen Bewertung folgt der GBA dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), das in einer Studie von 2009 feststellt, dass eine Person dann Angehöriger einer nichtstaatlichen Konfliktpartei werde, wenn diese Person eine fortgesetzte Kampffunktion habe (continuous combat function). Dieser Ansatz wird in der wissenschaftlichen Diskussion kritisiert. Der GBA hat die Kriterien des IKRK bereits in seiner Kunduz-Verfügung von 2010 genutzt. Damit stärkt Deutschland die Ansicht des IKRK. Dies ist durchaus nachvollziehbar, denn die Kritiker der Studie haben keinen geeigneten Alternativvorschlag.

Nicht nachvollziehbar ist hingegen, dass der GBA für die Rechtmäßigkeit des Angriffs auf E. das Prinzip der militärischen Notwendigkeit zugrundelegt. Der GBA meint, dass nach diesem Grundsatz nur „der Grad und Umfang an Gewaltanwendung erlaubt [ist], der erforderlich ist, um das angestrebte militärische Ziel zu erreichen. Im Fall der Anwendung gezielter tödlicher Gewalt bedeutet dies gegebenenfalls einen Vorrang der Festnahme vor der Tötung, sofern hiermit keine zusätzlichen Risiken für die handelnden Militäreinheiten oder die Zivilbevölkerung verbunden sind.“ Jedoch gelte dieses Prinzip nur in Fällen, „in denen die handelnde Konfliktpartei die effektive territoriale Kontrolle über das fragliche Gebiet der Militäroperation ausübt“, was um die Stadt Mir Ali in Nordwaziristan im fraglichen Zeitraum nicht der Fall war. Dabei erkennt der GBA, dass ein solches Verhältnismäßigkeitsprinzip im humanitären Völkerrecht in Bezug auf feindliche Kämpfer nicht existiert. Für Kombattanten oder, wie es im Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts heißt, feindliche Kämpfer gibt es keine Begrenzung durch ein Verhältnismäßigkeitsprinzip. Den Grundsatz „Gefangennahme vor Tötung“ kennen weder

Völkervertrags- noch Völkergewohnheitsrecht. Vielmehr gilt ein auf exzessive Schäden beschränktes Verhältnismäßigkeitsprinzip nur in Bezug auf Zivilpersonen und zivile Objekte. Mit der Einführung eines solchen Prinzips benachteiligt der GBA die Angehörigen fremder Streitkräfte, denn in der neuen Zentralen Dienstvorschrift 15/2 des Bundesministeriums der Verteidigung, die die Anwendung des humanitären Völkerrechts durch deutsche Soldaten regelt, findet sich diese Vorgabe nicht. Deutsche Soldaten haben daher in Kampfhandlungen den Grundsatz „Gefangennahme vor Tötung“ nicht zu beachten. Damit stellt sich auch das Problem, dass die deutsche Praxis in dieser umstrittenen Frage uneinheitlich ist.

Nachdem der GBA ein Kriegsverbrechen in Bezug auf E. zu Recht ablehnt, wenn man der Beweisführung folgt, lehnt der GBA eine Strafbarkeit nach deutschem Recht ab. Dabei beruft er sich darauf, dass Drohneneinsätze per se weder verboten sind noch im Regelfall rechtswidrig eingesetzt werden. Vor allem aber fragt er sich, ob die Täter berechtigt waren, Feindseligkeiten vorzunehmen. Dies ist richtig. Denn allein die Tatsache, dass E. Angehöriger einer organisierten bewaffneten Gruppe war, macht ihn nicht vogelfrei. Das Völkerrecht gibt nicht jeder Person das Recht, Aufständische zu töten, sondern privilegiert nur ausgewählte Personengruppen. Das humanitäre Völkerrecht „rechtfertigt“ die Tötung eines feindlichen Kämpfers nämlich nur, soweit eine Person berechtigt ist, an den Feindseligkeiten teilzunehmen. Der GBA vermutet, dass Mitarbeiter der CIA den Drohnenangriff durchgeführt haben. Diese werden als Angehörige der staatlichen Konfliktpartei eingeordnet, was sie zu der Teilnahme an den Feindseligkeiten berechtigt. Eine Kombattantenimmunität ist vor allem im Recht des internationalen bewaffneten Konflikts bekannt. Im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ist sie umstritten und privilegiert, wenn überhaupt, nur die Angehörigen der staatlichen Konfliktpartei. Die herrschende Auffassung spricht nur solchen Personen Immunität zu, die zu den Streitkräften eines Staates oder zu anderen staatlichen organisierten bewaffneten Gruppen gehören, die sich durch das Tragen von Uniformen oder besonderen Abzeichen von der Zivilbevölkerung unterscheiden und als Kämpfer erkennbar sind. Es spielt keine Rolle, ob die Kämpfer gesehen werden, entscheidend ist vielmehr, ob sie als Kämpfer erkannt werden, falls sie gesehen werden. Dies übersieht der GBA, wenn er auf das Erfordernis einer sichtbaren Unterscheidung verzichtet.

Der GBA scheint von seiner eigenen Einordnung der CIA-Mitarbeiter nicht voll überzeugt, wenn er danach prüft, wie CIA-Mitarbeiter als Zivilisten zu behandeln wären. Sein obiter dictum „Hält sich der an Feindseligkeiten teilnehmende Zivilist jedoch an die für ihn geltenden Regeln der Kriegsführung, was wie oben ausgeführt angesichts der Beachtung des Unterscheidungsgebots vorliegend der Fall ist, so stellt seine Teilnahme an Kampfhandlungen keinen Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht dar“, das eine Straflosigkeit von Zivilisten zur Folge hat, missachtet das humanitäre Völkerrecht.

Tatsächlich existiert kein Verbot für Zivilisten, an den Feindseligkeiten teilzunehmen. Die unmittelbare Teilnahme hat aber, wie der GBA ausführt, sowohl den zeitweisen Verlust der Schutzstatus als auch „die Nichtgewährung von Immunität vor staatlicher Strafverfolgung, wie sie Angehörigen staatlicher Streitkräfte im allgemeinen gewährt wird“ zur Folge. Was der GBA übersieht, ist, dass diese Nichtgewährung umfassend ist: Der strafrechtliche Rechtfertigungsgrund der humanitär-Völkerrechtsmäßigkeit der in Frage stehenden

Handlung steht Personen ohne Berechtigung zur Teilnahme an den Feindseligkeiten gerade nicht zu. Es existiert für Zivilpersonen kein Verbot – aber auch keine Erlaubnis. Einzig diese positive Erlaubnis rechtfertigt Handlungen, die nach jedem Strafrechtssystem der Welt Straftaten sind. Folgte man dem GBA, so erweiterte man den Kreis der privilegierten Kämpfer auf solche Personen, die aus eigenem Antrieb am Krieg teilnehmen und sich an die Vorgaben des humanitären Völkerrechts halten. Privilegiert wären auch gelangweilte Studenten, die sich, wie in Libyen 2011 geschehen, dem Kampf gegen Baschar al-Assad anschließen.

Im Ergebnis legt der GBA damit eine rechtlich gut begründete Einstellungsverfügung vor, auch wenn die obiter dicta so nicht haltbar sind. Bei dem zweiten einschlägigen Verfahren, das bereits läuft, sollte der GBA darauf verzichten.